

# El levantamiento del velo societario en el Perú: comentarios al caso TSG

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY<sup>1</sup>

Hace unas pocas semanas atrás, el Poder Judicial puso el punto final al caso más emblemático de extensión del convenio arbitral a partes no signatarias que se haya conocido en estas latitudes. La controversia suscitada entre TSG Perú S.A.C., (Technology Service Group, en adelante, simplemente TSG) contra Pesquera Industrial Chicama S.A.C., Langostinera Caleta Dorada S.A.C., Pesquera Libertad S.A.C., Procesadora del Campo S.A.C. y Pesquera Industrial Katamarán S.A.C. (en adelante, simplemente las demandadas), merece ser comentada.

Por ello, el objetivo de este artículo no es detenernos en la riquísima problemática teórica que involucra la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, sino que centraremos nuestro trabajo en: (1) hacer breve resumen del caso; (2) detallar el razonamiento utilizado por el tribunal arbitral para extender el convenio arbitral a empresas que no habían suscrito el convenio arbitral; (3) (4)(5) describir los diferentes puntos de vista del Poder Judicial y, finalmente;

---

<sup>1</sup> Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Master en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Profesor de Arbitraje Comercial y Arbitraje de las Inversiones. Árbitro nacional e internacional. Miembro del Board of Reporters del Institute for Transnational Arbitration (ITA), del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), del Comité Editor de la Revista Peruana de Arbitraje, de la Association of International Arbitration (AIA), de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje y del Comité Argentino de Arbitraje Nacional y Transnacional (CARAT). Miembro de la lista de árbitros de los principales Centros de Arbitraje del Perú y del Energy Arbitrators' list. Coautor de la Ley de Arbitraje peruana de 2008.

El autor desea agradecer la valiosa colaboración de José Luis Repetto en la elaboración del presente artículo.

(6) realizar un análisis crítico constructivo de la decisión de los árbitros y del Poder Judicial.

## I. Breve resumen de la controversia

En el año 2002, TSG, Caleta Dorada y Harinas Especiales celebraron un contrato de prestación de servicios, en cuya virtud Harinas Especiales se obligó a producir harina de pescado, con pescado que era proporcionado por TSG. Asimismo, Harinas Especiales declaró ser la arrendataria de unas plantas para la fabricación de harina de pescado con los derechos administrativos vigentes. Estas plantas se encontraban en un terreno de propiedad de Caleta Dorada, quien manifestó su conformidad con el acuerdo. Este contrato contenía un convenio arbitral.

Tiempo después, Harinas Especiales cedió su posición contractual a Chicama y los terrenos donde se encontraban las plantas fueron dados en garantía a favor de TSG.

Luego de una serie de modificaciones contractuales, Chicama resolvió el Contrato porque TSG no le habría pagado una factura. TSG también resolvió el Contrato porque Chicama habría incumplido una obligación valorizada en más de 1 millón de dólares.

## II. El arbitraje y de la decisión del tribunal arbitral

TSG demandó a Chicama, Caleta Dorada, Libertad, Procesadora del Campo y Katamarán (Las Demandadas), pretendiendo la resolución del Contrato y el pago de una indemnización. Para sustentar su demanda arbitral contra empresas que no habían suscrito el convenio arbitral, TSG alegó que entre todas ellas existía una vinculación económica y que todas ellas habían participado en una serie de acciones fraudulentas de transferencia de activos, con la finalidad de burlar la deuda existente a su favor.

Las demandadas (específicamente aquéllas que no habían suscrito el pacto arbitral) impugnaron la competencia del tribunal arbitral, alegando inexistencia de convenio arbitral. Es importante destacar que este arbitraje se inició estando vigente la Ley General de Arbitraje N° 26572 de 1996, que no contiene una disposición como el artículo 14° del Decreto Legislativo 1071 (Ley de Arbitraje de 2008) que identifica la existencia de partes no signatarias.

En marzo de 2009, el tribunal arbitral conformado por los doctores Alfredo Bullard, Rafael Montoya y Alberto Montezuma, emitieron un Laudo en el que encontraron que Las Demandadas eran parte del arbitraje y que tenían, además, responsabilidad solidaria frente a TSG.

Los árbitros determinaron que las demandadas se encontraban vinculadas al arbitraje por aplicación de la doctrina y jurisprudencia internacional que reconoce la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias. En efecto, en el fundamento 246 del Laudo se estableció que:

“existe amplia doctrina y jurisprudencia de Tribunales Arbitrales, que acepta la inclusión en el arbitraje de personas o empresas que, si bien no suscribieron el Convenio Arbitral, por la vinculación que tienen con la(s) demandada(s) principales – que sí firmaron el Convenio – sí pueden ser incluidas en un arbitraje, y posteriormente ser incluidas como partes demandadas a las que les alcanzarán los efectos del Laudo Arbitral.”

El tribunal arbitral<sup>2</sup> indicó que si se descubre la existencia de vinculación entre las empresas demandadas y una voluntad fraudulenta de éstas, se tiene que entender que la empresa signataria del convenio arbitral y las demás empresas involucradas, son una sola y misma parte, por lo que los árbitros tienen competencia para pronunciarse frente a la signataria como frente a las no signatarias. En otras palabras, el tribunal arbitral afirmó que, en este caso, no se estaba frente a “terceros”, sino de una sola parte constituida tanto por aquella que firmó el convenio arbitral, como por las que no lo hicieron<sup>3</sup>.

Para estos efectos, el tribunal arbitral afirmó que resultaba válido proceder a correr el velo societario, a fin de encontrar la voluntad común de las empresas involucradas y proteger así a la contraparte que se vería de otra manera perjudicada frente a la existencia de acciones fraudulentas<sup>4</sup>.

2 Laudo: “251. Si bien la norma señala que para que los árbitros sean entendidos “jueces” debe existir un convenio arbitral entre las partes, si se llega a descubrir la existencia de ciertos elementos que veremos adelante – vinculación entre las empresas involucradas y una voluntad fraudulenta – se debe entender que la parte signataria del convenio y las demás empresas involucradas son efectivamente una misma parte y por tanto los árbitros son jueces tanto para la signataria como las no signatarias.”

3 Laudo: “252. Es importante destacar que la referida situación no significa que se esté trayendo a un tercero al arbitraje. Ello es algo que no es posible por la naturaleza contractual del mismo. El supuesto es que alguien es parte del convenio, a pesar que no firma el mismo. A quien se trae al arbitraje y se hace extensivo los efectos del laudo no es propiamente un tercero, sino, como lo llama la doctrina, una parte no signataria. Ello, como veremos, está ampliamente reconocido en la doctrina y en la práctica arbitrales.”

4 Laudo: “283. Como se aprecia, la doctrina indica que dicha situación no puede dejarse pasar en los tribunales judiciales y tampoco en los tribunales arbitrales, por tanto éstos – y en consecuencia el nuestro también – se encuentran autorizados a correr el velo societario, a fin de constatar la verdadera voluntad de las empresas involucradas, con el objeto de proteger a la contraparte que se vería perjudicada con tales acciones.”

A partir de la prueba aportada al arbitraje y en aplicación de la teoría del corrimiento del velo societario, el tribunal arbitral arribó a la conclusión que Las Demandadas efectivamente se encontraban vinculadas y respondían a una misma voluntad común, puesto que se trataba de empresas que “aparecen y desaparecen constantemente, con el objeto de circular los bienes de unas a otras lo que claramente conlleva el perjuicio de las terceras empresas con las que han contratado, las cuales se encuentran con empresas “de fachada” carentes de patrimonio ya que el mismo ha sido transferido a una nueva empresa, formalmente independiente pero que en realidad responde a una misma voluntad<sup>5</sup>.”

En consecuencia, el tribunal arbitral, afirmó lo siguiente:

“Habiéndose concluido que sí existen indicios suficientes para acreditar la vinculación entre las empresas emplazadas, CHICAMA, CALETA DORADA, PROCESADORA DEL CAMPO, KATAMARÁN y LIBERTAD, este colegiado concluye también que, de conformidad con lo establecido en el Marco Conceptual desarrollado previamente, sí resulta de aplicación al presente proceso arbitral la teoría del develamiento del velo societario<sup>6</sup>”.

Y, por la misma razón, todas Las Demandadas eran una misma parte del convenio arbitral<sup>7</sup>.

Por último, el tribunal arbitral encontró que existía responsabilidad solidaria entre todas Las Demandadas por ser una misma voluntad común y declaró resuelto el Contrato, ordenando el pago una indemnización a favor de Chicama por más de 1 millón de dólares. También condenó a Las Demandadas al pago de todos los gastos del arbitraje.

### III. El primer pronunciamiento de la Corte Superior: la anulación del laudo

Las Demandadas interpusieron recurso de anulación ante el Poder Judicial, alegando la existencia de las siguientes causales: inexistencia del convenio arbitral, vulneración del debido proceso y existencia de un pronunciamiento ajeno a las materias sometidas a decisión de los árbitros. La Corte Superior que conforme

---

5 Parágrafo 575 del Laudo.

6 Parágrafo 588 del Laudo.

7 Laudo: “590. En ese sentido, la inexistencia fáctica de un convenio arbitral suscrito entre TSG y algunas de las empresas emplazadas no es un límite para que las mismas no sean incluidas como partes del presente proceso.”

a la Ley de Arbitraje conoce estos recursos<sup>8</sup>, se concentró en la inexistencia del convenio arbitral y concluyó que no existía convenio arbitral que vincule a Las Demandadas. En consecuencia, anuló el laudo arbitral por la causal contenida en el artículo 61° .a. de la actual Ley de Arbitraje.

La Corte consideró en primer lugar que la jurisdicción arbitral es extraordinaria, de excepción. Por lo tanto, debe existir evidencia que demuestre la voluntad de un sujeto de someterse al arbitraje, ya que lo contrario significaría sustraerlo de la jurisdicción ordinaria que es el Poder Judicial<sup>9</sup>.

Luego sostuvo que la teoría de la incorporación de partes no signatarias no tiene fundamento en ninguna norma legal de nuestro ordenamiento jurídico. Y que esto ha sido admitido tácitamente en el laudo por los árbitros, al justificar su decisión en la doctrina y jurisprudencia internacional en la que existirían posiciones que permitirían esa posibilidad. Asimismo, indicó que no busca desconocer esa doctrina y jurisprudencia como fuente de derecho, pero hizo hincapié en que nos encontrábamos en un caso que se debía resolver de acuerdo al derecho peruano y no a lo que los árbitros creían que debería ser el derecho peruano en materia arbitral<sup>10</sup>.

Por último, la Corte sostuvo “no existe extremo alguno en la Ley 26572 que siquiera sugiera la posibilidad de extender los efectos del convenio arbitral a quienes no quisieron celebrarlo”. No solo ello, sino que fue más allá al afirmar que “ni siquiera la fórmula actualmente contenida en el artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1071 (sin que la mención a esta norma implique un juicio sobre su constitucionalidad) es capaz de legitimar un ejercicio semejante al realizado por los árbitros” y que “en parte alguna de este texto pueda subsumirse un supuesto como el defendido por los árbitros, de incorporación forzosa de un tercero al arbitraje por encontrarse en vinculación fraudulenta con quien sí lo hizo, en aplicación de la doctrina del levantamiento del velo”.

8 Sentencia que resuelve el recurso de anulación del laudo recaído en el Expediente No. 00451-2009, emitido por la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 10 de agosto de 2010, en la controversia surgida entre TSG Perú S.A.C., como demandante, contra Pesquera Chicama S.A.C., Langostinera Caleta Dorada S.A.C, Pesquera Libertad S.A.C., Procesadora del Campo S.A.C. y Pesquera Industrial Katamarán S.A.C, como demandados. Ver: [limaarbitration.net](http://limaarbitration.net)

9 “Vigésimo Tercero: La posibilidad de desviar a un sujeto de ese predeterminado aparato de administración de justicia y vincularlo a una jurisdicción de naturaleza distinta, no solo debe encontrarse debidamente justificada en una norma que finalmente encuentre sustento constitucional, sino además, en el caso de la vía arbitral debe encontrar sustento por regla general, en la decisión del propio sujeto de someterse a ella.”

10 “Décimo Noveno: (...) cabe prestar atención, primero, a que los árbitros al decidir incorporar a las tres empresas citadas al arbitraje, no han justificado su posición en norma legal alguna de nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, aceptaron tácitamente en el laudo, que la doctrina de extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros no se encontraba sustentado en la Ley 26572, la cual era aplicable al caso concreto; sin embargo, apelaron para justificar tal decisión al hecho de que en la jurisprudencia internacional, así como en la doctrina nacional e internacional, existen posiciones que justifican esa posibilidad.”

## IV. Casación de la Corte Suprema de la república

TSG interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Corte Superior. La Corte Suprema anuló la decisión y ordenó a su inferior jerárquico que se vuelva a pronunciar<sup>11</sup>. Esta decisión es por demás relevante.

En efecto, en primer lugar afirmó que la Corte Superior se había equivocado al poner al tribunal arbitral en una situación de inferioridad frente a la “jurisdicción ordinaria” y que a partir de ello le negara competencia para pronunciarse sobre determinadas materias. Para estos efectos la máxima instancia de justicia peruana hizo referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional N° 004-2006-PI/TC, en la que se estableció que el Poder Judicial no tiene el monopolio de la función jurisdiccional, ya que los árbitros también desarrollan funciones jurisdiccionales. En ese sentido, la Corte Suprema sostuvo de manera enfática, que un tribunal arbitral igualmente puede pronunciarse sobre materias como grupos de sociedades, situaciones de fraude y levantamiento del velo societario<sup>12</sup>.

Por último, y no menos importante, la Corte Suprema sostuvo que la Corte Superior se había extralimitado al entrar a analizar el fondo del razonamiento arbitral, cuestión que está prohibida de realizarse en el recurso de anulación.

## V. El segundo pronunciamiento de la Corte Superior

En el nuevo fallo, la Corte Superior declaró infundado el recurso de anulación y válido el laudo arbitral<sup>13</sup>.

El razonamiento de la Corte Superior partió por reconocer que los árbitros en virtud del principio *kompetenz-kompetenz* pueden aplicar principios como el

---

11 Casación. 4624-2010 emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 19 de diciembre de 2011. Ver: [limaarbitration.net](http://limaarbitration.net)

12 “NOVENO.- Conforme a los argumentos expuestos se evidencia el error de la Sala Superior, al haber colocado a la jurisdicción arbitral en un estado de inferioridad a la jurisdicción ordinaria, inferioridad para no poder pronunciarse sobre determinadas situaciones tales como los grupos de sociedades, situaciones de fraude, y develamiento del velo societario, elemento último sobre el que la doctrina nacional ha elaborado sendos estudios, basta con recordar los de juristas tales como Juan Morales Godo, y Juan Espinoza Espinoza, y la reconducción de tal tópico a figuras tales como el abuso del derecho, y el fraude a la ley; esto último se menciona solo a manera de ilustración”.

13 Sentencia emitida por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el expediente 451-2009 entre TSG Perú S.A.C contra Langostinera Caleta Dorada S.A.C. y otras del 5 de marzo de 2013. Ver: [limaarbitration.net](http://limaarbitration.net)

levantamiento del velo societario<sup>14</sup>. Asimismo, la Corte indicó que el levantamiento del velo societario implica la responsabilidad solidaria<sup>15</sup>.

En cuanto a la existencia del convenio arbitral, la corte reconoció que lo que hizo el tribunal arbitral en este caso no significó traer a la fuerza a un tercero ajeno al proceso arbitral, sino evitar que la parte signataria, utilizando a partes no signatarias de manera fraudulenta, burle la efectividad del convenio arbitral<sup>16</sup>. Entendió además, que el reconocimiento normativo de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, se justifica en que el arbitraje es verdaderamente una jurisdicción y por los principios de la buena fe y la prohibición del abuso de derecho que son inherentes a la autonomía de la voluntad que se ve reflejada en el convenio arbitral<sup>17</sup>.

Por último, la Corte encontró a partir de la abundante prueba que se había actuado en el arbitraje, evidencia suficiente para sustentar la extensión del convenio arbitral a Las Demandadas que no habían suscrito el convenio arbitral<sup>18</sup>.

## VI. Comentarios a estos fallos

La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias es un tema complejo, porque se mezclan la autonomía de la voluntad y la eficacia que debe tener el arbitraje para solucionar las controversias.

En nuestra opinión, no tenemos duda de que restringir la posibilidad a que solo los firmantes del convenio arbitral puedan ser parte del arbitraje, es jurídicamente incorrecto. Y lo es porque la mejor muestra de consentir el arbitraje es, sin duda, la propia conducta. En efecto, recordemos que, por ejemplo, nuestro

14 “(...) debemos señalar que el arbitraje en nuestro sistema jurídico es ejercicio de función jurisdiccional sustentada en el acuerdo político de las partes, y que, dentro de los límites de ese acuerdo, los árbitros cuentan con todos los poderes jurisdiccionales que les confieren nuestra Constitución y la ley”.

15 “no existe una indebida aplicación del artículo 1183° del Código Civil sino la constatación de un efecto natural (la responsabilidad solidaria) del levantamiento del velo societario.”

16 “Por tanto, desde este horizonte conceptual y normativo lo que el tribunal arbitral ha hecho no es someter compulsivamente a un tercero a un proceso arbitral sino, muy por el contrario, ha evitado que la parte signataria de un convenio arbitral, mediante la utilización fraudulenta de otras empresas que responden a una sola voluntad empresarial, burle la efectividad de dicho acuerdo.”

17 “Esta potestad arbitral, sin embargo, no solo está sustentada en el reconocimiento del arbitraje como verdadera jurisdicción sino también, y tal vez principalmente, en los principios generales de buena fe y prohibición de abuso del derecho que resultan plenamente aplicables a un acto de autonomía privada como es el convenio arbitral.”

18 “Por tanto, en opinión de este Colegiado la referencia a estos principios, dada la abundante prueba que certifica su violación, basta para sustentar la aparente extensión del convenio arbitral, máxime si, como hemos referido anteriormente, dicha prueba no ha sido discutida adecuadamente por las ahora demandantes en el presente proceso de nulidad.”

ordenamiento jurídico consagra la conducta como un medio para manifestar la voluntad. Así, el artículo 141° del Código Civil peruano establece que la manifestación de la voluntad puede ser por medios expresos o tácitos. Además, en los casos de aceptación de la oferta, el artículo 1380° del Código Civil establece que la voluntad de aceptar puede quedar configurada de manera tácita, es decir, no diciendo estoy de acuerdo, sino simplemente empezando a ejecutar las prestaciones.

Es más, somos de la opinión de que un sistema jurídico<sup>19</sup> que no admita la posibilidad de extender el convenio arbitral a un no signatario, es un sistema que no soluciona controversias de manera eficaz.

Dicho esto, a partir del Laudo y de los fallos de la Corte Suprema y de la Corte Superior (obviamente nos referimos al segundo fallo), no nos cabe duda de que aquí se ha resuelto una controversia de manera eficaz.

Culminamos este comentario de jurisprudencia, con las siguientes reflexiones respecto de cada uno de los fallos:

## A) El laudo

En el Laudo el tribunal arbitral realizó un profundo análisis de toda la evidencia proporcionada por las partes y, a partir de una variedad de indicios, llegó a la convicción racional de que existía una vinculación económica entre Las Demandadas y una cadena de transferencias que demostrarían una voluntad fraudulenta en contra del acreedor. Este ejercicio analítico de los medios probatorios es un ejemplo a seguir y es un claro referente de cómo deben ser analizadas las pruebas aportadas y alegadas por las partes, a fin de determinar la existencia de vinculación entre sujetos no signatarios y la consideración de si existe o no el fraude.

Por ello, los aciertos del laudo arbitral merecen ser reconocidos, aunque tal vez por el hecho que este arbitraje se llevó adelante estando vigente la anterior Ley de Arbitraje, los árbitros hubieran podido añadir a la aplicación de la doctrina y jurisprudencia extranjera, disposiciones que nuestro ordenamiento jurídico

---

19 Hacemos énfasis en el sistema jurídico, ya que consideramos que esta expresión abarca el reconocimiento de la extensión del convenio arbitral a través de las distintas fuentes de derecho que existen, sea por ejemplo, a través del reconocimiento normativo, como es el caso peruano a través de la aplicación directa de norma expresa (artículo 14° de la Ley de Arbitraje), el reconocimiento jurisprudencial como en el caso francés, o mediante el reconocimiento doctrinario, quienes entienden que aquellos sistemas que siguen el artículo 7° de la Ley Modelo de UNCITRAL (The United Nations Commission on International Trade Law) también permiten la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias a través de la interpretación de la palabra “acuerdo” en sentido amplio.



reconoce para consentir diferentes a la firma de un documento, o la prohibición del abuso del derecho y consecuentemente, la prohibición del abuso de la personalidad jurídica que se encuentran establecidas en nuestra constitución política y en nuestro código civil. Esto, tal vez, hubiera disipado las sospechas de la Corte Superior (primer fallo) de no encontrar el fundamento normativo para la aplicación de la doctrina y jurisprudencia extranjera acerca de la extensión del convenio arbitral.

A pesar de este tema menor y tal vez un tanto intrascendente, creemos que el Laudo es una excelente muestra de aplicación de la teoría de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, en especial para todos aquellos países que siguen de cerca el artículo 7° de la Ley Modelo de UNCITRAL.

## **B) El primer pronunciamiento de la Corte Superior**

Esta decisión la verdad es que deja mucho que desear, sobre todo en un país como el Perú, que cuenta con una vasta actividad arbitral y con una legislación sobre arbitraje de vanguardia.

La Corte se equivoca cuando considera al arbitraje como una jurisdicción de segundo orden, relegada a los vaivenes de la siempre plenipotenciaria jurisdicción ordinaria: el Poder Judicial. A pesar que como hemos advertido en otra oportunidad las falencias de seguir considerando al arbitraje como una jurisdicción, lo cierto es que pretender afirmar que es “extraordinaria” o “excepcional” es anacrónico. Recordemos que en este país, un número significativo de contratos comerciales son sometidos todos los días al arbitraje y que, inclusive el Estado Peruano somete a arbitraje todos sus contratos.

Además, el propio Tribunal Constitucional peruano, para bien o para para mal, ha afirmado que el arbitraje es una “sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales”<sup>20</sup> al igual que el Poder Judicial.

20 Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC. En ese mismo sentido, ver la sentencia 04-2006-PI/TC: “10. Es necesario precisar que conforme al artículo 139º inciso 1, de la Constitución, el principio de unidad de la función jurisdiccional implica que el Estado peruano, en conjunto, posee un sistema jurisdiccional unitario, en el que sus órganos tienen idénticas garantías, así como reglas básicas de organización y funcionamiento. De ello no se deduce que el Poder Judicial sea el único encargado de la función jurisdiccional (pues tal función se le ha encargado también al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones, a la jurisdicción especializada en lo militar y, por extensión, al arbitraje), sino que no exista ningún órgano jurisdiccional que no posea las garantías propias de todo órgano jurisdiccional. Como se ha mencionado, la función jurisdiccional del Estado es una sola y debe ser ejercida con todas las garantías procesales establecidas por la Constitución.”

En cuanto al tema del convenio arbitral y su extensión a las empresas no firmantes, observamos que la Corte se equivocó nuevamente, porque si bien el anterior marco legal no tenía una norma como lo es el artículo 14° de la actual Ley de Arbitraje, no es menos cierto que era absolutamente válido apelar a este razonamiento, ya que nuestro ordenamiento legal tiene disposiciones normativas que no le dan la exclusividad a la firma para demostrar la existencia de una manifestación de voluntad y, además, existe la prohibición del abuso del derecho y de la personalidad jurídica, tanto en la Constitución como en la ley. En ese sentido, no amparar la extensión del convenio arbitral es pretender tapar la propia realidad de nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, en cuanto a la afirmación de que el artículo 14° de la actual Ley de Arbitraje no reconoce la posibilidad de la extensión del convenio arbitral ni el levantamiento del velo societario, nuevamente estamos ante un lamentable error. Justamente, el artículo 14° es la disposición que regula la extensión del convenio arbitral y lo hace para evitar problemas como los que se plantearon en este caso. Por consiguiente, además de ser equivocado el razonamiento de la Corte, consideramos que ésta se excedió al interpretar una norma que no era aplicable al caso en concreto.

### **C) El fallo de la Corte Suprema de la república**

Aunque escueto, este fallo no solo puso orden en la casa, sino que, además, ratificó la postura pro arbitraje que tiene en general el Poder Judicial.

Así, eliminar la afirmación de que el arbitraje es una “jurisdicción de segundo nivel” o que los árbitros no tienen estas u otras competencias que sí tendría un juez simple y llanamente porque es juez, es realmente destacable.

Además, no ha dejado duda alguna de que el árbitro puede pronunciarse acerca del levantamiento del velo societario.

### **D) El segundo pronunciamiento de la Corte Superior**

Este sí es un pronunciamiento muy positivo para la práctica del arbitraje en el Perú aunque, en honor a la verdad, es similar a muchos otros que han sido dictados en esta misma línea pro arbitraje por las Cortes Comerciales de Lima.

En general, consideramos que sin duda alguna reconoce la figura de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias.

Sin embargo, creemos pertinente destacar un tema que si bien no fue gravitante al momento de resolver este caso, sí podría serlo más adelante. La Corte en su decisión ha afirmado que en virtud del principio *Competence-Competence*, los árbitros son los primeros jueces de su competencia y que esta decisión siempre podrá ser revisada por el Poder Judicial en su integridad, evaluando los fundamentos jurídicos y fácticos, “tal y como si de una apelación se tratara”<sup>21</sup>.

Si bien no es el momento para entrar a un análisis más profundo, somos de la opinión que estos fundamentos jurídicos ameritan ser evaluados y, en cuanto al alcance de la revisión de los fundamentos fácticos, tenemos nuestras reservas, ya que, como bien postula Dimolitsa:

“Nos preguntamos sobre la necesidad de un control tan profundo y detallado de los hechos que dieron lugar al laudo arbitral sobre competencia. Lejos está de nosotros discutir la utilidad fundamental de un control judicial a posteriori del laudo sobre la competencia; es únicamente su alcance lo que nos preocupa. ¿No sería más indicado limitar este control a casos error manifiesto de los árbitros o de insuficiencia manifiesta de los motivos? ¿No sería necesario tener más confianza en los árbitros – como es en las decisiones de fondo – en cuanto a éstos estuvieron en mejores condiciones de apreciar los hechos sobre la base de un proceso de pruebas completo?”<sup>22</sup>

En cuanto al análisis realizado por la Corte, encontramos positivo se reconozca que la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias no busca traer a la fuerza a un tercero, sino que convoca al arbitraje a una parte. En la opinión

21 “A lo anterior debe agregarse que, en casos como el presente, donde la competencia subjetiva del tribunal arbitral se ha resuelto después de establecer la existencia de un concierto fraudulento que ha justificado la extensión de los efectos del convenio arbitral a empresas que formalmente no lo suscribieron, la revisión de la decisión arbitral debe ser completa, es decir, deberá, si así lo plantea la parte demandante, alcanzar no solo a los aspectos formales del Convenio Arbitral sino también a los fundamentos sustantivos y fácticos que han servido de sustento a la decisión del tribunal.

Si no se realizara esta revisión integral, que como es obvio, no se encuentra prohibida por lo señalado por el artículo 62° de la Ley, debido a que como resulta evidente no es una cuestión de fondo de la controversia sino, por el contrario, es una que impediría un pronunciamiento respecto de él, se estaría permitiendo que un convenio arbitral ineficaz, en tanto *res inter alios acta*, sea oponible y obligatorio frente a quien no lo ha suscrito.

Esta conclusión es constatada por la doctrina que refiere que toda decisión arbitral bajo el principio *Competence-Competence* es provisional en el sentido de que cualquiera de las partes tiene el derecho de solicitar a las Cortes reabrir y reconsiderar en su totalidad el asunto ahí decidido.

Por consiguiente, debemos concluir que si las demandantes cuestionaran los fundamentos de hecho y de derecho que han servido al tribunal arbitral para considerarlas sujetas al convenio arbitral, estas razones podrán ser revisadas por esta Sala Superior en su integridad tal y como si de una apelación se tratara.”

22 Dimolitsa, Antonias, “La extensión de la cláusula compromisoria a los no signatarios”. En: Gaillard, Emmanuel y Fernández Arroyo, Diego P. (ed.), Cuestiones claves del arbitraje internacional, Editorial Universidad del Rosario, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Bogotá, 2013, pp. 78-79.

de la acertada posición de la Corte, esto se fundamenta en (i) el reconocimiento del arbitraje como verdadera jurisdicción, (ii) el principio general de la buena fe, y (iii) en la prohibición del abuso del derecho. Con lo cual la Corte parece coincidir en que el actual artículo 14° de la Ley de Arbitraje no es más que una regulación positiva de su fallo.

Por todo lo indicado, creemos que el fallo de la Corte Superior es destacable y sumamente positivo para la consolidación de Lima como una sede de arbitrajes internacionales.